

ADQUISICIÓN DE LA PROPIEDAD EN DERECHO ROMANO CLÁSICO*

ACQUISITION OF PROPERTY UNDER CLASSICAL ROMAN LAW

*José Antonio González Romanillos***

Resumen: En el presente trabajo se realiza un análisis de las distintas formas de adquirir la propiedad que existían en Roma en la época clásica. Además, también se hace alusión a las distintas soluciones que se han adoptado en los códigos europeos modernos sobre las cuestiones que más problemas planteaban ya desde la época romana.

Palabras-clave: Adquisición de la propiedad - Modos originarios - Modos derivativos - Derecho romano clásico.

Abstract: This paper analyses the different ways of acquire property which existed in ancient Rome. Furthermore, there are also allusions to the different solutions which have been adopted in modern European codes for the more problematic problems already presented in Roman times.

Keywords: Acquisition of property - Original means of acquiring property - Derivative means of acquiring property - Classical Roman law.

Sumario: I. Introducción. II. Modos originarios de adquirir la propiedad. III. Modos derivativos de adquirir la propiedad.

I. Introducción

El ordenamiento jurídico romano conoció en época clásica diversos tipos de propiedad: la propiedad civil (*dominium ex iure Quiritium*), la propiedad pretoria (*in bonis habere*), la propiedad provincial (*possessio vel ususfructus*) y la propiedad

* Trabajo recibido el 1 de abril de 2022 y aprobado para su publicación el 24 del mismo mes y año.

** Licenciado en Derecho (Premio extraordinario de Licenciatura) por la Universidad Complutense de Madrid (UCM). Doctor por la UCM (Premio extraordinario de Doctorado) con la tesis *Aspectos procesales del crimen repetundarum de los orígenes a Sila* (2002). Profesor Titular de Derecho Romano e Historia del Derecho en la UCM. Miembro de diversos Proyectos de investigación, tanto nacionales como internacionales, ha realizado estancias de investigación en distintas Universidades europeas (Florencia, Múnich, Friburgo y Heidelberg) y ha desarrollado tareas docentes como profesor invitado en la Universidad de Heidelberg.

peregrina. Estas tres últimas formas de dominio surgieron por necesidades prácticas tomando como punto de referencia el *dominium ex iure Quiritium*, que, por otra parte, fue el primer tipo de propiedad conocido en Roma. Parece, en consecuencia, pertinente comenzar la exposición por el análisis de la propiedad civil.

El *dominium ex iure Quiritium* es la forma de propiedad reconocida y regulada por el *ius civile vetus*, por el antiguo Derecho civil. Es, por tanto, el Derecho de los antiguos ciudadanos romanos (los quirites), y como consecuencia de ello sólo estos pueden ser titulares del *dominium ex iure Quiritium*.

Pueden ser objeto de la propiedad civil todas las cosas que están en el comercio (*res in commercio*), tanto muebles como inmuebles. Respecto a estos últimos, sólo pueden ser objeto de *dominium ex iure Quiritium* si se hallan situados en suelo itálico (y los fundos provinciales con *ius italicum*). Como decía, no pueden ser objeto de la propiedad civil las *res extra commercium*, es decir, las cosas pertenecientes al pueblo romano (*res publicae*), como los puentes, las plazas, los teatros, etc., las cosas de uso común (*res communes omnium*), como el aire, el mar, los ríos, etc., y, finalmente, las cosas afectadas al cumplimiento de una función religiosa (*res divini iuris*), como, por ejemplo, las cosas destinadas a cumplir una función de culto o enterramiento¹.

Se denominan modos de adquirir la propiedad, y nos centramos ya en el objeto de este estudio, a aquellos hechos o actos jurídicos a los cuales el ordenamiento jurídico atribuye el efecto de adquisición de un derecho de propiedad por parte de un sujeto.

Las fuentes romanas distinguen distintos modos de adquirir la propiedad, algunos de ellos *iuris civilis* y otros *iuris gentium* o *naturalis*. La diferencia reside en que los primeros están reservados a los ciudadanos romanos, siendo los segundos, puesto que forman parte de la cultura jurídica común a todos los pueblos, accesibles también a los extranjeros. Son modos de adquisición *iuris civilis* la *mancipatio*, la *in iure cessio* y la *usucapio*. Son *iuris gentium* o *naturalis* la ocupación, la accesión, la especificación, la *traditio* y la adquisición de los frutos por el poseedor de buena fe².

La tradición romanística, sin embargo, ha elaborado con base en las fuentes romanas una distinción entre modos de adquirir la propiedad originarios y deriva-

(1) Dentro de esta categoría se encuentran las *res sacrae* (cosas consagradas a las divinidades, como los templos, estatuas, bosques sagrados, etc.), las *res religiosae* (cosa destinadas a los dioses Manes con motivo de un enterramiento, como los sepulcros y los terrenos funerarios) y las *res sanctae* (cosas profanas colocadas bajo la protección de los dioses, como, por ejemplo, las murallas y las puertas de la ciudad y los límites, esto es, los espacios de cinco pies que debían dejarse libre de ocupación en los *agri limitati*).

(2) En realidad, cuando se dice que una adquisición se produce *iure naturali* se hace referencia a que se ha producido por una razón natural (*naturalis ratio*), esto es, cuando se entiende, sin ulteriores motivaciones, que la consecuencia natural de ciertos actos o comportamientos debe ser la adquisición de la propiedad. Sobre esta cuestión, *vid.* CANNATA, *Corso di istituzioni di diritto romano*, I, Torino 2001, pp. 262 ss.; KASER, *Ius gentium*, Köln-Weimar-Wien 1993, pp. 54 ss. y bibliografía allí referida.

tivos, distinguiendo entre si la propiedad se adquiere *ex novo*, esto es, sin relación alguna con el anterior propietario o si, por el contrario, el efecto adquisitivo se produce por una transmisión de la propiedad de un titular a otro. Ésta es la clasificación que vamos a utilizar nosotros, puesto que, como ya ha sido señalado, es la ordinariamente seguida en la doctrina moderna.

Antes de comenzar con la exposición, es necesario hacer referencia al hecho de que en Roma se realizaba un tratamiento jurídico diferenciado entre las denominadas *res Mancipi* y *res nec Mancipi*, esto es, entre las cosas más indispensables para el grupo familiar primitivo (y, por ende, las más estables en el patrimonio del mismo) y el resto de las cosas, que al carecer de esa importancia estaban destinadas al cambio en el tráfico jurídico negocial.

Fueron considerados *res Mancipi*, en una antigua economía agraria como era la romana en el periodo arcaico, los siguientes bienes: los inmuebles situados *in solo italico*, las servidumbres rústicas³, los esclavos y los animales de tiro y carga. Estos bienes, al formar el patrimonio estable de la familia, requerían formas solemnes tanto para su enajenación como para la constitución de derechos reales sobre los mismos. Las demás cosas (*res nec Mancipi*), al tener menor importancia socio-económica en la perspectiva de la economía antigua, podían ser transmitidas por la simple entrega.

II. Modos originarios de adquirir la propiedad

A) Ocupación

La ocupación es el modo de adquirir la propiedad a través de la toma de posesión de una cosa que no tiene dueño (*res nullius*) con la voluntad de tenerla como propia. Este principio general debe ser, no obstante, matizado, pues no todas las *res nullius* son susceptibles de ocupación. El ejemplo más significativo es el de las *res publicae*⁴, como las vías y plazas públicas, los puentes, los teatros, etc. Estos bienes son *res nullius* y, sin embargo, no son ocupables. Una vez establecido que sólo las *res nullius* pueden ser objeto de ocupación, debe especificarse cuál es el criterio que se sigue para determinar qué cosas, dentro de esta categoría, pueden o no ocuparse. El principio que aplican los juristas clásicos no es otro que el de la *naturalis ratio*, es decir, si del examen de las características del caso concreto se puede extraer como consecuencia lógica que de la ocupación de una *res nullius* se deriva la adquisición de la propiedad⁵. Así, por ejemplo, se entiende como natural que la *occupatio* de los bienes muebles encontrados y aprehendidos en la ribera del mar (*res inventae in*

(3) Concretamente, las servidumbres de paso (*iter, actus y via*) y de acueducto (*aquae ductus*).

(4) Entrarían también dentro de esta categoría las *res divini iuris* y los bienes hereditarios antes de la adición.

(5) GAYO, 2, 66 ss. Sobre la *naturalis ratio*, *vid.* n. 2.

litore maris) tenga como efecto la adquisición de la propiedad sobre los mismos⁶ y, por otra parte, se sostiene que las *res publicae*, a pesar de ser también *res nullius*, no son susceptibles, también por razón natural, de ocupación.

B) *Accesión*

Se produce *accesión*⁷ cuando dos cosas se unen material y permanentemente, de tal manera que el propietario de la cosa principal se convierte en dueño de la cosa accesoria. Se entiende por cosa principal la que determina la función económico-social del conjunto, es decir, la que se entiende más importante. Los juristas clásicos, sin embargo, no realizaron una elaboración unitaria de la institución, sino que se limitaron a contemplar los casos concretos de *accesión* y a decidir individualmente qué cosa era la principal y cuál la accesoria.

Se distinguen tres clases de *accesión*:

- 1) *Accesión de mueble a inmueble*: aquí rige el principio *superficies solo cedit*, es decir, que todo lo que se incorpore al suelo pertenece al propietario del mismo gracias a la virtud absorbente de la propiedad fundaria⁸.

(6) Son también casos de ocupación los siguientes: isla que emerge del mar (*insula in mare nata*); D, 41, 1, 7, 3; I, 2, 1, 22. Los animales salvajes o domésticos, en este último caso si han perdido el *animus revertendi*, esto es, la costumbre de volver a casa del dueño; D, 41, 1, 1, 1; 41, 1, 5, 5; I, 2, 1, 15; GAYO, 2, 68. Fue discutido si bastaba con que el cazador hiriese y persiguiese al animal o si para la adquisición de la propiedad se exigía la efectiva captura del mismo. Parece ser que prevaleció la segunda postura; D, 41, 1, 5, 1; I, 2, 1, 13. Las cosas sustraídas por particulares al enemigo en tiempo de guerra (el botín de guerra pertenecía al Estado); D, 41, 1, 5, 1. Las *res derelictae*, es decir, las cosas abandonadas definitivamente por su anterior propietario. Es objeto de debate por los juristas en época clásica el momento en que se pierde la propiedad por el abandono. Según la escuela sabiniana, la *derelictio* implica la automática pérdida de la propiedad, de tal manera que la cosa se convierte en *res nullius* y es susceptible de ocupación; D, 47, 2, 43, 5. Los *proculeyanos* entendían que el abandono no hace perder la propiedad hasta que otra persona toma posesión de la cosa abandonada. Esta concepción entiende que el abandono era una especie de *traditio ad incertam personam*, de tal manera que si la cosa abandonada era *nec mancipi* el ocupante adquiría la propiedad, y si la cosa era *mancipi* era necesaria la *usucapción*; D, 41, 7, 2, 1. Sobre la ocupación, *vid.*, entre otros, VOGLI, *Modi di acquisto della proprietà*, Padova 1952, pp. 11 ss.; HECK, *Occupatio*, ZSS 84 (1967), pp. 355 ss.; FRANCIOSI, *Occupazione (storia)*, ED 29 (1979), pp. 610 ss.; VACCA, *Derelictio e acquisto delle res pro derelictio habitae*, Milano 1984.

(7) Sobre este tema, *vid.*, entre otros, GUARNERI-CITATI, "Reviviscenza e quiescenza nel diritto romano", *Ann. R. Univ. Messina* 1 (1927), pp. 33 ss.; KASER, *Die natürlichen Eigentumserwerbarten im altrömischen Recht*, ZSS 64 (1947), pp. 226 ss.; MADDALENA, *Gli incrementi fluviali nella visione giurisprudenziale classica*, Napoli 1968.

(8) Se distinguen distintos tipos de *accesión de mueble a inmueble*: *satio* (accede a la tierra la semilla que es sembrada en ella; GAYO, 2, 75; D, 49, 1, 9, *pr.*), *implantatio* (accede a la tierra lo plantado en la misma, siempre y cuando eche raíces; GAYO, 2, 74; D, 41, 1, 7, 13) e *inaedificatio* (pertenece al propietario del fundo todo lo que se edifique en el mismo; la jurisprudencia entiende, sin embargo, que el propietario de los materiales de la construcción no pierde la propiedad de los mismos, pero no podrá ejercitar las acciones que le correspondan mientras que la edificación siga en pie; GAYO, 2, 73; D, 6, 1, 23, 6-7; 9, 2, 50; 24, 1, 63; 41, 1, 7, 10-12; 43, 18, 2; 47, 1, 7, 10).

- 2) Adhesión de inmueble a inmueble: este tipo de adhesión se refiere a los denominados incrementos fluviales⁹.
- 3) Adhesión de mueble a mueble.

Nos centraremos en este último tipo de adhesión, puesto que hay algunos supuestos en los que es complicado determinar qué cosa es la principal y cuál es la secundaria. Examinemos concretamente los casos de la *scriptura* y la *pictura*, que son los más interesantes e ilustrativos¹⁰.

La *scriptura*¹¹ se refiere al supuesto en el que alguien escribe sobre material ajeno, y *pictura*¹² es el caso en el que alguien realiza una pintura con colores propios o ajenos sobre una tabla que es propiedad de otro. En el primer supuesto el material usado para escribir accede al material sobre el que se escribe, incluso, como relata Gayo¹³, si se han utilizado letras de oro. En el caso de la *pictura*, sin embargo, la cosa principal es la pintura y la accesoria el material sobre el que se pinta. La solución dada en ambos casos puede parecer contradictoria¹⁴, pues en el primero el soporte material es la cosa principal y en el segundo no. Sin embargo, el criterio para determinar qué

(9) Hay también varios supuestos. Aluvión (*alluvio*): es el incremento gradual e imperceptible de un fundo ribereño por el transporte de partículas de tierra por la corriente fluvial, siempre y cuando el fundo no haya sido *limitatus*. En caso contrario, se aplicarían las normas que rigen en materia de ocupación; GAYO, 2, 70; D, 41, 1, 7, 1). Avulsión (*avulsio*): consiste en el desprendimiento de un trozo de terreno de un fundo por la fuerza del agua y el consiguiente arrastre hasta la incorporación a otro. Se entiende que hay adhesión cuando el terreno se ha unido establemente al fundo; GAYO, 2, 71; D, 41, 1, 7, 2. En ambos supuestos (aluvión y avulsión) la adquisición del terreno por parte del propietario del fundo ribereño inferior es irrevocable. *Insula in flumine nata*: si nace una isla en el río, la propiedad del terreno era adquirida por los propietario de los fondos de una y otra parte de la ribera por adhesión según la línea mediana del río y las líneas perpendiculares a ésta desde los límites de los predios ribereños; GAYO, 2, 72; D, 41, 1, 7, 3. *Alveus derelictus*: cuando el lecho de un río ha sido completa y establemente abandonado por la corriente de agua se aplican las reglas ya indicadas para el caso anterior, es decir, para el caso de la *insula in flumine nata*; D, 41, 1, 30, 1. En todos estos casos, para que se produzca la adhesión, se exige, al igual que en el supuesto del aluvión, que los fondos a los que accede el terreno sean *arcifinii* o *arcifinales*, es decir, que no hayan sido objeto por parte de los agrimensores de una parcelación oficial (*limitatio*).

(10) Otros casos de adhesión de mueble a mueble son la *tinctoria* (el colorante accede a la tela) y la *ferruminatio* (unión de dos objetos del mismo metal sin utilizar ningún elemento, como el plomo o el estaño, para su soldadura; en caso contrario, es decir, si en la unión se ha utilizado plomo o estaño, supuesto que denominan los romanos *adplumbatio*, el propietario de la cosa accesoria podría ejercitar la *actio ad exhibendum* para conseguir la separación de los objetos y así poder ejercitar ya la *rei vindicatio*); D, 41, 1, 26, 2; 6, 1, 23, 5.

(11) D, 10, 4, 3, 14; 41, 1, 9, 1; 1, 2, 1, 33.

(12) D, 41, 1, 9, 2.

(13) *Eadem ratione probatum est, quod in cartulis sive membranis meis aliquis scripserit, licet aureis litteris, meum esse, quia litterae cartulis sive membranis cedunt*. GAYO, 2, 77.

(14) De hecho, el propio GAYO así lo deja entrever. *Sed si in tabula mea aliquis pinxerit veluti imaginem, contra probatur: magis enim dicitur tabulam picturae cedere. Cuius diversitatis vix idonea ratio redditur*. GAYO, 2, 78.

cosa es la principal no es simplemente precisar qué cosa se ha unido a otra, o qué cosa sirve de soporte a otra¹⁵, sino que, como ya se ha apuntado, lo fundamental es determinar qué cosa cumple una función socio-económica más relevante. En el caso de la *scriptura* lo importante no es con qué y cómo se ha escrito, sino lo que se ha escrito. De esta manera, no se puede identificar un manuscrito con la obra que contiene, puesto que ésta se puede reproducir cuantas veces se quiera. En el supuesto de la *pictura*, por el contrario, lo fundamental es lo que se ha pintado, puesto que en este caso la pintura sí se identifica con la obra, y ésta es irreproducible¹⁶.

Veamos cómo se resuelve este problema en el Derecho actual. En el BGB alemán se enuncia simplemente que en el caso de que se unan dos cosas muebles y una de ellas puede considerarse como la cosa principal, el propietario de la misma adquiere la propiedad exclusiva del resultado de la unión (artículo 947)¹⁷. Sin embargo, los casos de *scriptura* y *pictura* no se califican como accesión sino como especificación. La solución que ofrece el Código alemán, por tanto, se enfoca desde una perspectiva distinta, y, en consecuencia, la analizaremos en el siguiente apartado.

En el Código civil español, además de enunciarse el principio general de adquisición de la propiedad por accesión (artículo 375)¹⁸, se establecen explícitamente los criterios para determinar qué cosa es la principal y cuál la accesoria. Según el artículo 376, «se reputa principal, entre dos cosas incorporadas, aquella a que se ha unido otra por adorno, o para su uso o perfección». Según esta disposición, en los casos de la *scriptura* y la *pictura* las cosas principales serían, respectivamente, el material sobre el que se escribe y la tabla sobre la que se pinta, puesto que se entiende que el material utilizado para escribir y la pintura quedarían incorporados a la cosa principal a causa de haber sido unidas a la misma “para su uso”. Sin embargo, el artículo 377 dice lo siguiente: «si no puede determinarse por la regla del artículo anterior cuál de las dos cosas incorporadas es la principal, se reputará tal el objeto de más valor, y entre dos objetos de igual valor, el de mayor volumen...». Este nuevo criterio no afecta al caso que nos ocupa, puesto que con la regla anterior sí puede determinarse en el caso de la *scriptura* y la *pictura* cuál de las dos cosas incorporadas

(15) Como entiende Paulo, en contra de la opinión mayoritaria de los juristas. *Sed et id, quod in charta mea scribitur aut in tabula pingitur, statim meum fit: licet de pictura quidam contra senserint propter pretium picturae: sed necesse est ei rei cedi, quod sine illa esse non potest.* D, 6, 1, 23, 3.

(16) Así lo entiende Justiniano en sus Instituciones. *Sed nobis videtur melius esse, tabulam picturae cedere; ridiculum est enim, picturam Apellis vel Parrhasii in accessionem vilissimae tabulae cedere.* I, 2, 1, 34.

(17) Art. 947 BGB: «Verbindung mit beweglichen Sachen: (1) Werden bewegliche Sachen miteinander dergestalt verbunden, dass sie wesentliche Bestandteile einer einheitlichen Sache werden, so werden die bisherigen Eigentümer Miteigentümer dieser Sache; die Anteile bestimmen sich nach dem Verhältnis des Wertes, den die Sachen zur Zeit der Verbindung haben». (2) «Ist eine der Sachen als die Hauptsache anzusehen, so erwirbt ihr Eigentümer das Alleineigentum».

(18) Art. 375 C. c.: «Cuando dos cosas muebles, pertenecientes a distintos dueños, se unen de tal manera que vienen a formar una sola sin que intervenga mala fe, el propietario de la principal adquiere la accesoria, indemnizando su valor al anterior dueño».

es la principal. Siendo quizás consciente el legislador de esta circunstancia, añade en el mismo artículo lo siguiente: «en la pintura y escultura, en los escritos, impresos, grabados y litografías, se considerará accesoria la tabla, el metal, la piedra, el lienzo, el papel o el pergamino». En este artículo, por lo tanto, al determinar que la cosa principal es el material con el que se escribe o pinta, se contradice con lo enunciado como principio general en el artículo anterior, hecho que da fe de la polémica jurídica que ha rodeado históricamente a los casos de la *scriptura* y la *pictura*.

C) Especificación

Por especificación¹⁹ se entiende la transformación de un bien determinado en otro nuevo, como por ejemplo la transformación de la uva en vino, la aceituna en aceite, la lana en vestido, etc. La opinión de los juristas clásicos sobre a quién debía pertenecer el producto está dividida: por un lado, los sabinianos, entendiéndose que el producto manufacturado es simplemente un nuevo estado de la materia prima y, por tanto, que lo que se ha producido es un mero cambio del destino económico de la cosa, afirman que la propiedad del producto pertenece al dueño de la materia prima; por otra parte, los proculyanos, entendiéndose que el producto es una cosa distinta a la materia utilizada para producirlo, afirman que la *nova species* es una *res nullius* y que pertenece al especificador por ocupación. En la jurisprudencia clásica tardía surge una tesis intermedia (*media sententia*), por la cual se debe hacer una distinción entre si la especificación es o no reversible: en el primer caso, esto es, si la *nova species* puede volver al estado anterior (como, por ejemplo, un vaso de oro), el producto elaborado es propiedad del dueño de la materia; en caso contrario (la uva en vino, por ejemplo), el autor de la especificación adquiere la propiedad del producto derivado de la misma²⁰.

(19) Sobre este tema, *vid.*, entre otros, WIEACKER, *Spezifikation: Schulprobleme und Sachprobleme*, On. Rabel 2 (1954), pp. 263 ss.; MAYER-MALY, *Spezifikation: Leitfälle, Begriffsbildung, Rechtsinstitut*, ZSS 73 (1956), pp. 120 ss.; SANTALUCIA, *Il contributo di Paulo alla dottrina della specificazione di mala fede*, BIDR 72 (1969), pp. 89 ss.; BEHRENDT, *Die Spezifikationslehre, ihre Gegner und die media sententia in der Geschichte der römischen Jurisprudenz*, ZSS 112 (1995), pp. 195 ss.

(20) *Cum quis ex aliena materia speciem aliquam suo nomine fecerit, nerva et proculus putant hunc dominum esse qui fecerit, quia quod factum est, antea nullius fuerat. sabinus et cassius magis naturalem rationem efficere putant, ut qui materiae dominus fuerit, idem eius quoque, quod ex eadem materia factum sit, dominus esset, quia sine materia nulla species effici possit: veluti si ex auro vel argento vel aere vas aliquod fecero, vel ex tabulis tuis navem aut armarium aut subsellia fecero, vel ex lana tua vestimentum, vel ex vino et melle tuo mulsum, vel ex medicamentis tuis emplastrum aut collyrium, vel ex uvis aut olivis aut spicis tuis vinum vel oleum vel frumentum. est tamen etiam media sententia recte existimantium, si species ad materiam reverti possit, verius esse, quod et sabinus et cassius senserunt, si non possit reverti, verius esse, quod nerva et proculo placuit. ut ecce vas conflatum ad rudem massam auri vel argenti vel aeris reverti potest, vinum vero vel oleum vel frumentum ad uvas et olivas et spicas reverti non potest: ac ne mulsum quidem ad mel et vinum vel emplastrum aut collyria ad medicamenta reverti possunt. videntur tamen mihi recte quidam dixisse non debere dubitari, quin alienis spicis excussum frumentum eius sit, cuius et spicae fuerunt: cum enim grana, quae spicis continentur, perfectam habeant suam speciem, qui excussit spicas, non novam speciem facit, sed eam quae est detegit (D, 41, 1, 7, 7). *Vid.*, también, GAYO, 2, 79; 1, 2, 1, 25-26.*

Analicemos qué criterio se sigue en el Derecho actual, más concretamente en los Derechos alemán y español.

El artículo 950.1 del BGB tiene la siguiente redacción: «quien por especificación o transformación de uno o varios materiales produce una nueva cosa mueble adquiere la propiedad de la cosa nueva, siempre que el valor de la especificación o transformación no sea sustancialmente menor que el valor del material...»²¹. En el Derecho alemán, por tanto, no se distingue entre si la especificación es o no reversible, sino que atribuye la propiedad del producto elaborado directamente al especificador, eso sí, siempre que el valor de la especificación o transformación no sea sustancialmente menor que el valor del material. El propio artículo 950.1 del Código alemán puntualiza lo siguiente: «el escribir, dibujar, pintar ...□... o cualquier tratamiento similar de una superficie también se considera especificación»²². De esta manera, los problemas derivados de la *scriptura* y la *pictura* quedan resueltos entendiéndose que el material sobre el que se ha escrito y la tabla pintada son una nueva cosa mueble, cuya propiedad debe atribuirse al autor del escrito o de la pintura aplicando las reglas de la especificación.

En el Código civil español se considera a la especificación como un subtipo de la categoría general de la accesión, puesto que el artículo 383, que regula la especificación, se encuentra en la sección que lleva como título «del derecho de accesión respecto a los bienes muebles». Esta clasificación, sin embargo, no tiene justificación, puesto que la especificación, como sabemos, no puede ser considerada accesión porque no existe una unión entre dos cosas, sino una transformación de un material en una cosa nueva.

Dejando a un lado estas cuestiones teóricas, pasemos analizar cómo se regula la especificación en el Código español. El artículo 383 tiene la siguiente redacción: «el que de buena fe empleó materia ajena en todo o en parte para formar una obra de nueva especie, hará suya la obra, indemnizando el valor de la materia al dueño de ésta.

Si ésta es más preciosa que la obra en que se empleó o superior en valor, el dueño de ella podrá, a su elección, quedarse con la nueva especie, previa indemnización del valor de la obra, o pedir indemnización de la materia.

(21) Art. 950 BGB: «Verarbeitung:

(1) Wer durch Verarbeitung oder Umbildung eines oder mehrerer Stoffe eine neue bewegliche Sache herstellt, erwirbt das Eigentum an der neuen Sache, sofern nicht der Wert der Verarbeitung oder der Umbildung erheblich geringer ist als der Wert des Stoffes. Als Verarbeitung gilt auch das Schreiben, Zeichnen, Malen, Drucken, Gravieren oder eine ähnliche Bearbeitung der Oberfläche».

(22) «Als Verarbeitung gilt auch das Schreiben, Zeichnen, Malen, Drucken, Gravieren oder eine ähnliche Bearbeitung der Oberfläche».

Si en la formación de la nueva especie intervino mala fe, el dueño de la materia tiene el derecho de quedarse con la obra sin pagar nada al autor, o de exigir de éste que le indemnice el valor de la materia y los perjuicios que se le hayan seguido».

En el Derecho español, por tanto, se acude a dos criterios: el de la buena o mala fe con que se hizo la transformación y el de mayor o menor valor de la materia prima o de la obra.

Si la especificación se hizo de buena fe, la propiedad del producto se atribuye al especificador, a no ser que el valor de la materia prima sea superior al de la *nova species*, puesto que en tal caso el propietario de la materia prima podrá elegir entre dos opciones: o bien quedarse con el producto, previa abono al especificador del valor de su trabajo, o bien solicitar indemnización por el valor de la materia prima.

Si el especificador actuó de mala fe, el dueño de la materia prima podrá quedarse con la obra sin la obligación de indemnizar al autor de la misma por su trabajo, o bien, exigir al especificador que le abone el valor de la materia prima y le indemnice por los perjuicios que haya podido sufrir.

D) Confusión y conmixti²³

La confusión tiene lugar cuando se unen de forma inseparable cuerpos líquidos o sólidos, de igual o distinto género, sin que se pueda determinar qué cosa es la principal y cuál la secundaria (es decir, cuando no se produce accesión). Un ejemplo claro es la mezcla de vino perteneciente a distintos propietarios. La conmixti²⁴ consiste en la unión de cuerpos sólidos que da como resultado una cosa constituida por partes que conservan su propia individualidad (como por ejemplo la mezcla de dos montones de trigo).

En el caso de la confusión se produce entre los propietarios de las cosas mezcladas una situación de condominio sobre la cosa resultado de la mezcla con cuotas establecidas en función a las aportaciones realizadas. En el supuesto de la conmixti²⁴ hay que distinguir dos casos: si la unión se ha realizado de común acuerdo se produce una situación de copropiedad y, en caso contrario, cada propietario conserva la propiedad de su cosa²⁴. Una excepción significativa es la conmixti²⁴ de dinero: en este caso se perdía la propiedad de las monedas a favor de quien detentara la mezcla de las mismas²⁵.

(23) Sobre este tema, *vid.*, entre otros, PAMPALONI, *Appunti sulla confusione e sulla commistione*, BIDR 37 (1929), pp. 87 ss.; SCHERMAIER, *Teilindikation oder Teliungsklage?*, ZSS 110 (1993), pp. 124 ss.; KIESS, *Die confusio in klassischen römischen Recht*, Berlin 1995.

(24) Como puede observarse, en los casos de confusión y conmixti²⁴ no puede hablarse propiamente de un modo de adquirir la propiedad, puesto que el efecto que se produce es o bien la copropiedad sobre la cosa resultante de la unión o mezcla o bien cada propietario conserva el dominio sobre su cosa.

(25) Sobre estas cuestiones, *vid.* D, 6, 1, 3, 2; 6, 1, 5, *pr.*-1; 41, 1, 7, 8-9; 46, 3, 78; I. 2, 1, 27-28.

E) Otros modos originarios de adquirir la propiedad

Finalmente, son considerados también modos originarios de adquirir la propiedad, la adquisición de frutos²⁶, la *adiudicatio*²⁷, la adquisición del tesoro²⁸, la *litis aestimatio*²⁹ y la *adsignatio*³⁰.

III. Modos derivativos de adquirir la propiedad

A) Negocios jurídicos abstractos y causales

Antes de comenzar a hablar de los distintos actos de transmisión de la propiedad es necesario hacer una breve introducción sobre la distinción entre los negocios jurídicos abstractos y causales. Se entiende por acto de transmisión de la propiedad causal aquel en que el efecto adquisitivo depende de la existencia de una causa que lo justifique, siendo abstracto, por el contrario, aquel en que el efecto adquisitivo se produce con independencia de la causa que subyace tras el negocio jurídico. La causa del acto de transmisión de la propiedad es la razón por la cual las partes realizan el mismo, esto es, el motivo de la transmisión de la propiedad.

La causa debe ser idónea, es decir, debe ser aceptada por el derecho como adecuada para que se produzca la transferencia de la propiedad (*iusta causa*). De esta forma, no cualquier justificación concebida por las partes puede actuar como causa, sino que, como veremos, las *iustae causae* son típicas.

(26) Los frutos naturales adquieren autonomía jurídica propia con la separación de la cosa matriz. Adquieren la propiedad de los frutos por su mera separación: el propietario de la cosa (D, 1, 5, 2; 22, 1, 25, *pr.*-1; 41, 1, 2-3; I, 2, 1, 19), el poseedor de *agri vectigales* (concesionario de *ager publicus*; D, 22, 1, 25, 1) y el poseedor de buena fe (D, 22, 1, 25, 1; 41, 1, 48, *pr.*; 41, 3, 4, 19; 47, 2, 48, 6). El usufructuario se convierte en propietario de los frutos por percepción (*perceptio*), es decir, por el hecho de recogerlos.

(27) En los juicios divisorios el pronunciamiento del juez hace adquirir la propiedad individual de las partes en que se divide la cosa común a cada uno de los litigantes. Si la división de la cosa común tiene lugar en un *iudicium legitimum* la propiedad será civil, siendo la propiedad pretoria si el proceso divisorio se desarrolla en un *iudicium imperium continens*; D, 10, 1, 13; 10, 2, 44.

(28) Se entiende por tesoro uno o varios bienes muebles de cierto valor que han sido escondidos desde hace tanto tiempo que ya no se sabe quién es el propietario, de tal manera que ya no tienen dueño. En origen se entendía que el tesoro pertenecía al dueño del fundo donde se había encontrado. Sin embargo, el emperador Adriano estableció en el siglo II d. C. que debía corresponder la mitad del tesoro al propietario del fundo y la otra mitad al descubridor del mismo. D, 10, 2, 22; 10, 4, 15; 34, 2, 38; 41, 2, 3, 3; I, 2, 1, 39; C, 10, 15, 1; 10, 18, 2.

(29) El juez en los procesos que versaban sobre la propiedad de una cosa no condenaba al demandado a restituir la cosa, sino a pagar lo que se había determinado que valía la misma. El condenado podía evitar cumplir la condena pecuniaria si restituía la cosa, pero si no lo hacía y pagaba se convertía en propietario de la misma; D, 6, 1, 46; 16, 3, 30; 41, 3, 27; 41, 4, 1.

(30) La *adsignatio* es el acto de carácter público de atribución de tierras públicas a propietarios privados. DE RUGGIERO, *Dizionario epigrafico di antichità romane*, Vol. I, Roma 1895, s. v. *Adsignatio*, pp. 102 ss.

La diferencia esencial entre los negocios jurídicos causales y los abstractos es que si en los primeros falta la *iusta causa* no se produce la transferencia de la propiedad, mientras que en los últimos sí se originan los efectos adquisitivos. Como enseguida analizaremos, en este último supuesto se producía un enriquecimiento injusto del adquirente, lo que permitía al enajenante utilizar la *condictio* en función recuperatoria. En el primer caso, por tanto, el enajenante conserva las acciones reales (fundamentalmente la *rei vindicatio*), y en el segundo el alienante debe acudir a una acción personal, puesto que ha perdido la propiedad de la cosa.

B) Mancipatio

La *mancipatio*³¹ es el negocio jurídico de transmisión del *dominium ex iure Quiritium* de las *res Mancipi* más antiguo. La mancipación consiste en la declaración solemne del adquirente (*mancipio accipiens*) que se apodera de la cosa ante el enajenante (*mancipio dans*) y en presencia de cinco testigos, estos últimos ciudadanos romanos y púberes. La cosa debía estar presente en el acto, aunque cuando se trata de un bien inmueble se permite la utilización de un símbolo del mismo (como, por ejemplo, una piedra, un terrón, una teja, etc.). En el acto intervenía también una persona que sostiene la balanza y actúa como pesador (*libripens*), puesto que el apoderamiento del adquirente tenía como contrapartida la entrega de un trozo de bronce en bruto (*aes rude*)³². Más adelante se empezaron a utilizar barras de metal precedentemente pesadas con la indicación de su peso impresa (*aes signatum*). La *mancipatio*, por tanto, tenía en un principio el carácter de compraventa real, puesto que consistía en un intercambio entre la cosa y el metal. El carácter del negocio jurídico era, en consecuencia, causal. Con la aparición de la moneda acuñada en el siglo III a. C. el acto de pesar el bronce se convierte en algo simbólico, puesto que no es ya el elemento de intercambio. La mancipación, por tanto, deja de ser una compraventa real y se convierte en un negocio abstracto (*imaginaria venditio*) que sirve para adquirir la propiedad por cualquier causa por la mera observancia de las formas del acto (siempre que concurren los demás requisitos exigidos por el ordenamiento jurídico). Por lo tanto, la *mancipatio* comienza a ser utilizada no

(31) De la amplísima bibliografía sobre la *mancipatio*, *vid.*, entre otros, SCHLOSSMANN, *In iure cessio und mancipatio*, Kiel 1904; HUSSERL, *Mancipatio*, ZSS 50 (1930), pp. 478 ss.; LEIFER, *Mancipium und auctoritas*, ZSS 56 (1936), pp. 136 ss.; KASER, *Eigentum und Besitz im älteren römischen Recht*, Köln-Graz 1956, pp. 107 ss.; THORMANN, *Der doppelte Ursprung der mancipatio*, München 1943; MAGDELAIN, *L'acte per aes et libram et l'auctoritas*, RIDA 28 (1981), pp. 127 ss.; BEHRENDTS, *La mancipatio nelle XII Tavole*, IURA 33 (1982), pp. 46 ss.; CORBINO, *Il formalismo negoziale nell'esperienza romana*, Torino 1994, pp. 16 ss.; RANDAZZO, *Leges Mancipii*, Milano 1998.

(32) *Est autem mancipatio, ut supra quoque diximus, imaginaria quaedam venditio: Quod et ipsum ius proprium civium Romanorum est; eaque res ita agitur: Adhibitis non minus quam quinque testibus civibus Romanis puberibus et praeterea alio eiusdem condicionis, qui libram aeneam teneat, qui appellatur libripens, is, qui mancipio accipit, rem tenens ita dicit: Hunc ego hominem ex iure Quiritium meum esse aio isque mihi emptus esto hoc aere aeneaque libra; deinde aere percutit libram idque aes dat ei, a quo mancipio accipit, quasi pretii loco.* GAYO, 1, 119.

sólo para vender el bien, sino para transmitirlo por otros títulos, como la donación, constitución de dote, fiducia, etc. La forma del acto se mantiene inalterada, pero como el precio deja de ser un elemento real de la *mancipatio*, el adquirente entrega al enajenante una moneda que lo simboliza (*mancipatio nummo uno*). El precio real, en consecuencia, podía existir o no, pero en cualquier caso no figuraba en el acto formal del negocio mancipatorio.

Como ya hemos apuntado, cualquier controversia jurídica que se derivase de la causa que subyace tras la *mancipatio* no afecta en absoluto a la eficacia adquisitiva del acto, puesto que, como sabemos, la transmisión de la propiedad no depende de la existencia de una *iusta causa*. El enajenante, en consecuencia, deberá acudir a la *condictio* si se ha producido un enriquecimiento injusto del adquirente, puesto que no dispone ya de las acciones reales que corresponden al propietario.

Sujetos de la *mancipatio* pueden ser los ciudadanos romanos, los extranjeros con *ius commercii*³³ y los hijos y esclavos en representación de sus padres y dueños, estos últimos sólo en calidad de adquirentes.

El mancipante no estaba obligado a realizar ninguna declaración, pues con su sola presencia en el acto se cumplían las exigencias formales. Sin embargo, si lo deseaba podía hacer una declaración que modificaba los efectos del negocio jurídico (*nuncupatio*).

De esta manera, podía especificar condiciones particulares de la cosa transmitida, como la existencia o no de vicios o defectos, la extensión del terreno, que el fundo era o no *optimus maximus* (esto es, que estaba libre o no de servidumbres o cargas), etc. También puede reservarse algún derecho real sobre la cosa mancipada o, incluso, especificar que la *mancipatio* se ha realizado *fiduciae causa*, estableciendo de esta manera la obligación del adquirente de restituir según las condiciones que se determinen. Las declaraciones que realiza el enajenante en la *nuncupatio* tienen fuerza obligatoria, de tal forma que si no se corresponden con la realidad tiene que responder ante el adquirente. Así, si declaró que la finca tenía una determinada extensión y luego resulta que no era así, el adquirente podía entablar contra él la *actio de modo agri* para obtener el doble del valor de la medida que falta.

De la *mancipatio* se deriva para el *mancipio dans* la *obligatio auctoritatis*, esto es, una obligación de garantía para el supuesto de que un tercero reivindique como propio el bien transferido (evicción). En este caso, el enajenante tiene la obligación de acudir al juicio a defender la postura del adquirente. Si no acude en su ayuda o si se pierde el proceso a pesar de su intervención, el *mancipio accipiens* puede exigirle el doble del precio pagado a través de la *actio auctoritatis*³⁴. Cuando el precio declarado en el acto mancipatorio era simbólico (*mancipatio nummo uno*) el ejercicio de la *actio*

(33) En este caso no se adquiriría el *dominium ex iure Quiritium* sino la propiedad peregrina.

(34) Sobre la *actio auctoritatis*, *vid.*, entre otros, Calonge, *Evicción. Historia del concepto y análisis de su contenido en el Derecho romano clásico*, Salamanca 1968; Ankum, *L'actio auctoritatis appartenant à*

auctoritatis carecería de sentido, y de ahí que la responsabilidad por evicción deba garantizarse a través de una promesa estipulatoria por el precio realmente pagado por el *mancipio accipiens* (*satisfatio secundum Mancipium*). La *obligatio auctoritatis* tiene un tiempo de ejecución de dos años en el caso de bienes inmuebles y de uno en el de los bienes muebles, es decir, el periodo de tiempo necesario para que el adquirente se convierta en propietario por usucapión. Si el *mancipio accipiens* es extranjero o la *mancipatio* tiene como objeto una cosa hurtada u obtenida con violencia, la *obligatio auctoritatis* es perpetua, puesto que la usucapión no es accesible a los *peregrini* y las cosas referidas son objetivamente inusucapibles.

A finales de la República comenzó a surgir la costumbre de recoger, con fines probatorios, el acto mancipatorio en un documento escrito, el cual venía firmado por todos los participantes en el negocio jurídico (*testatio* o *instrumentum*).

C) *In iure cessio*

La *in iure cessio*³⁵ consiste en un allanamiento convencional en un proceso ficticio sobre la propiedad de una cosa. El adquirente (demandante no propietario) ejercita la *rei vindicatio* afirmando que la cosa le pertenece *ex iure Quiritium*, y el enajenante (demandado propietario), en lugar de realizar la *contravindicatio*, no se defiende (esta actitud pasiva del demandado era calificada como *cedere, cessio*, de donde deriva el nombre del acto). El magistrado, ante el allanamiento del demandado, procedía a la *addictio*, reconociendo formalmente la propiedad de la cosa objeto del litigio al demandante (adquiriente)³⁶.

Los sujetos participantes en la *in iure cessio* debían ser ciudadanos romanos *sui iuris*, ya que estos eran los únicos que estaban legitimados en la antigua *legis actio per sacramentum in rem*³⁷.

l'acheteur Mancipio accipiens a-t-elle existé?, AAC 3 (1979) pp. 1 ss.; Id., *Alla ricerca della repromissio e della satisfatio secundum Mancipium*, AAC (1981) pp. 739 ss.

(35) Sobre este tema, *vid.*, entre otros, WLASSAK, *Der Gerichtsmagistrat im Gesetzespruchverfahren*, ZSS 28 (1907) pp. 1 ss.; LÉVY-BRUHL, *Quelques problèmes du très ancien droit romain*, Paris 1934, pp. 114 ss.; HACKL, *Der Sakramentsprozess über Herrschaftsrecht und die in iure cessio*, ZSS 106 (1989), pp. 152 ss.; CORBINO, *Il formalismo negoziale*, cit., pp. 37 ss.; Id., *La struttura della dichiarazione di acquisto nella Mancipatio e nella in iure cessio*, Ét. Déd. ANKUM (1995), pp. 81 ss.; KASER-KNÜTEL, *Römisches Privatrecht*, München 2005, pp. 47 ss.

(36) *In iure cessio autem hoc modo fit: apud magistratum populi Romani uelut praetorem urbanum [aut praesides prouvinciae] is, cui res in iure ceditur, rem tenens ita dicit: hunc ego hominem ex iure Quiritium meum esse aio; deinde postquam hic uindicauerit, praetor interrogat eum, qui cedit, an contra uindicet; quo negante aut tacente tunc ei, qui uindicauerit, eam rem addicit; idque legis actio uocatur. hoc fieri potest etiam in prouinciis apud praesides earum.* GAYO, 2, 24.

(37) GAYO, 2, 16-17. Sobre la *legis actio sacramento in rem*, *vid.*, entre otros, KASER, *Zur legis actio sacramento in rem*, Estudios D'Ors 2 (Pamplona 1987), pp. 671 ss.; ALBANESE, *Sull' intervento dell' auctor nella legis actio sacramento in rem*, Labeo 41 (1995), pp. 341 ss.; KASER-HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*² München 1996, pp. 89 ss.

La *in iure cessio* era aplicable tanto a las *res Mancipi* como a las *res nec Mancipi*, puesto que ambos tipos de cosas podían ser objeto de un proceso reivindicatorio de la propiedad.

Este modo de adquirir el *dominium ex iure Quiritium* tiene, al igual que la *Mancipatio*, carácter abstracto, puesto que basa su eficacia en la observancia de las formas. De esta manera, no sólo podía ser utilizada para transmitir la propiedad, sino también para otros fines, como, principalmente, el traspaso de cuotas del derecho de propiedad y la constitución y extinción de derechos reales sobre cosa ajena, además de otros negocios de diversa índole (emancipación, adopción, manumisión, etc.).

D) *Traditio*

La *traditio*³⁸ es el modo ordinario de transmitir la propiedad de las *res nec Mancipi*³⁹. Consiste en la simple entrega del bien, siempre y cuando el *tradens* sea el propietario, haya una voluntad concorde de transmitir y adquirir la propiedad entre el enajenante y el adquirente y exista una justa causa que justifique el resultado adquisitivo⁴⁰.

La entrega consiste en la puesta a disposición de la cosa por el *tradens* y la posterior apropiación posesoria del *accipiens*. Si se trata de un bien inmueble se exigía el abandono del mismo por parte del enajenante en el mismo momento en que entraba el adquirente, y si es una cosa mueble debía pasar de una mano a otra. Este principio rígido se fue mitigando con el tiempo a través de un proceso de espiritualización de la entrega material de la cosa, lo que permitió admitir como *traditio* supuestos en los que falta la entrega material (casos que en el medioevo se denominan *traditio ficta*⁴¹).

(38) Sobre esta cuestión, *vid.*, entre otros, ÁLVAREZ SUÁREZ, *El problema de la causa en la tradición*, Madrid 1945; VOCi, *Iusta causa traditionis e iusta causa usucapionis*, SDHI 15 (1949), pp. 141 ss.; Id., *Modi di acquisto*, cit., pp. 67 ss.; KASER, *Eigentum und Besitz*, cit., pp. 195 ss.; Id., *Compraventa y transmisión de la propiedad en el derecho romano y en la dogmática moderna*, trad. de J. Miquel, Valladolid 1962, pp. 14 ss.; MIQUEL, *Iusta causa traditionis y iusta causa usucapionis en las Instituciones de GAYO*, Est. Hom. Álvarez Suárez (Madrid 1978), pp. 261 ss.; BEHRENDTS, *Iusta causa traditionis. La trasmissione della proprietà secondo il ius gentium del diritto classico*, SCDR 9-10 (1997-1998), pp. 133 ss.; LABRUNA, *Tradere ed altri studii*, Napoli 1998, pp. 27 ss. (LABRUNA, *Tradere*, SCDR 9-10 (1997-1998), pp. 321 ss.).

(39) GAYO, 2, 19.

(40) GAYO, 2, 20.

(41) *Traditio longa manu* (indicación o señalamiento de una cosa que se encuentra a cierta distancia); D, 41, 2, 18, 2. *Traditio brevi manu* (supuesto en que una persona que tenía la detentación de la cosa en calidad de arrendatario, usufructuario, etc. comienza a poseerla a título de dueño gracias a la adquisición de la propiedad de la misma y a la consiguiente autorización del anterior propietario); D, 41, 1, 9, 5. *Constitutum possessorium* (caso contrario al anterior, es decir, cuando el que posee la cosa a título de dueño la enajena pero conservando la detentación de la misma como arrendatario, usufructuario, etc.); D, 41, 2, 18, *pr. Traditio symbolica*: (realización de un acto simbólico o la entrega de un símbolo; así, como ejemplo de ambas posibilidades, se entiende que hay *traditio* en los siguientes

La *traditio*, a diferencia de la *mancipatio* y la *in iure cessio*, es un acto no formal de transmisión de la propiedad. Es, además, causal, puesto que requiere un justo título que justifique el resultado adquisitivo (*iusta causa traditionis*). Así, si falta la justa causa el resultado de la entrega es puramente posesorio y no de adquisición de la propiedad. De esta forma, como ya apuntamos, el transmitente conserva las acciones reales que corresponden al propietario, pudiendo, por tanto, recuperar la posesión a través del ejercicio de la acción reivindicatoria.

Las *iustae causae* son típicas, esto es, no depende de la autonomía de la voluntad de las partes su concepción, sino que, con motivo de que la transferencia de la propiedad tiene una relevancia económico-social, es el propio ordenamiento jurídico el que establece qué causas justifican el resultado adquisitivo y cuáles no. Son admitidas como *iustae* las siguientes causas: venta (*causa vendendi*), donación (*causa donandi*), constitución de dote (*causa dotis*), dar en crédito⁴² (*causa credendi*) y cumplimiento de una obligación de *dare* (*causa solvendi*).

Es necesario puntualizar que el disenso entre las partes en relación a la *causa traditionis* (por ejemplo, cuando el *tradens* cree que transmite la propiedad *vendendi causa* y el *accipiens* que la adquiere *donandi causa*) e, incluso, el fallo de la causa remota de la adquisición de la propiedad (como cuando se realiza la *traditio causa solvendi* y no existe la deuda) no impide que se produzca el resultado adquisitivo. En este caso último caso, se produciría una retención sin causa de la propiedad y, en consecuencia, si no se restituyese voluntariamente, sería procedente la *condictio* en función recuperatoria⁴³.

supuestos: cuando el adquirente, con consentimiento del enajenante, designa a una persona para que custodie la cosa y cuando se entregan las llaves de un almacén donde se encuentran las mercancías que se desean transmitir); D, 18, 1, 74; 18, 6, 1, 2; 41, 2, 18, 2; C, 8, 53, 1.

(42) Supuestos en los que se transmite la propiedad con obligación de restituirla (el caso más representativo es el mutuo, esto es, el préstamo de dinero o cosas fungibles).

(43) Estos supuestos han dado lugar a la afirmación de que la *traditio* es un negocio jurídico de carácter abstracto, puesto que existen casos, como el de pago de una deuda inexistente, en los que falta la causa y el efecto adquisitivo de produce igualmente. En este sentido, ALBANESE, *Gli atti negoziali nel diritto privato romano*, Palermo 1982, pp. 252 ss.; MARRONE, *Istituzioni di diritto romano*, Palermo 1994, pp. 331 ss.; BURDESE, *Diritto privato romano*, Torino 1993 (rist. 2002), p. 306. En contra, entre otros, CORBINO, *Il formalismo negoziale*, cit., pp. 42 ss.; PUGLIESE, *Istituzioni di diritto romano*, Torino 1998, pp. 333 ss.; CANNATA, *Corso I*, cit., pp. 306 ss.

E) *Usucapio*

La usucapición⁴⁴ es un modo de adquisición de la propiedad a través de la posesión de una cosa por un periodo de tiempo determinado⁴⁵.

Una norma de las XII Tablas establecía que se adquiría la propiedad civil de las cosas por la posesión⁴⁶ continuada de las mismas por un periodo de tiempo determinado (dos años en el caso de los bienes inmuebles y uno en el de los muebles)⁴⁷. La disposición viene determinada por el hecho de que la *mancipatio* es un modo de adquirir la propiedad derivativo, de tal manera que, si el *mancipio dans* no era propietario, la posición jurídica del *mancipio accipiens* no era inatacable, puesto que el verdadero propietario podía ejercitar en cualquier momento la acción reivindicatoria. De esta circunstancia deriva para el enajenante, como sabemos, la *obligatio auctoritatis*, esto es, una obligación de garantía para el supuesto de que un tercero reivindique como propio el bien transferido (evicción). El mancipante, por tanto, debía probar que era propietario cuando transmitió la cosa por *mancipatio*, lo que implicaba a su vez demostrar la validez de su título de adquisición y el de los precedentes propietarios (lo que los juristas medievales denominan *probatio diabolica*). El objetivo de la norma decenviral era, por tanto, hacer adquirir al *mancipio accipiens* la propiedad a título originario, de tal manera que su posición de propietario fuese desde ese momento inatacable, pues prescindía de cualquier relación con el enajenante y el acto de transmisión de la propiedad (evidentemente, en ese momento se extinguía también la *obligatio auctoritatis* del *mancipio dans*).

La razón de ser de la *usucapio* es, en consecuencia, la seguridad jurídica, puesto que la posición jurídica del adquirente en la *mancipatio* no puede depender indefinidamente de si el transmitente era o no el verdadero propietario. Se intenta, por lo tanto, que la discrepancia entre las situaciones de derecho y de hecho duren solamente un tiempo determinado.

(44) Sobre este tema, *vid.*, entre otros, KASER, *Eigentum und Besitz*, cit., pp. 293 ss.; FABBRINI, s. v. *Usucapione (dir. rom.)*, NNDI 20 (1975), pp. 280 ss.; VACCA, *Osservazioni in tema di iusta causa e bona fides in relazione all'usucapio pro derelicto*, Studi Sanfilippo 4 (Milano 1983), pp. 773 ss.; BAUER, *Ersitzung und Bereicherung im klassischen römischen Recht und die Ersitzung im BGB*, Berlin 1988.

(45) Es discutido si la usucapición debe incluirse dentro de los modos derivativos de adquisición de la propiedad o dentro de los originarios. A nuestro entender, a pesar de que el bien usucapido pertenecía a otro sujeto en el momento de adquisición de la propiedad, ésta se produce sin relación alguna al dominio anterior, siendo preferible, por tanto, incluir la usucapición dentro de los modos originarios. No obstante, por claridad expositiva, se la ha encuadrado dentro de los modos derivativos.

(46) El precepto decenviral utilizaba el término *usus*, puesto que en esa época todavía no se había producido la distinción entre *possessio* y *usus*.

(47) XII Tablas, VI, 3 (Cic., *Top.*, 4. 23): *Quoniam usus auctoritas fundi biennium est, sit etiam aedium. At in lege aedes non appellatur et sunt ceterarum rerum omnium quarum annuus est usus.*

Los requisitos de la usucapión son cinco, a saber: *res habilis, possessio, tempus, bona fides, titulu*⁴⁸.

1) *Res habilis*⁴⁹: la cosa debía ser ante todo idónea para ser usucapida. Puesto que la *usucapio* era un modo de adquirir el *dominium ex iure Quiritium*, quedaban fuera de la misma las *res extra commercium* y los fundos provinciales. Además, teniendo presente que la *usucapio* se basaba en la posesión de la cosa, eran inusucapibles las *res incorporales*. No son susceptibles de usucapión las *res furtivae* y las *res vi possessae*, hasta que la posesión retorne a su propietario. Tampoco las cosas pertenecientes a los extranjeros, ya que estos no podían tampoco usucapir las cosas pertenecientes a un ciudadano romano, y las cosas donadas al magistrado provincial, según una disposición de la *lex Iulia repetundarum*. Son inusucapibles, también, el espacio de separación que antiguamente se dejaba entre las fincas rústicas (*limes*) y el lugar de incineración. Por último, y con carácter general, las cosas sobre las que exista una prohibición de enajenación, como, por ejemplo, los fundos dotales.

2) *Possessio*⁵⁰: como requisito de la usucapión se exige la posesión de la cosa, pero no a cualquier título, sino con *animus domini*, esto es, a título de dueño (*possessio civilis*).

3) *Tempus*⁵¹: como ya hemos señalado se exige la posesión durante dos años para la usucapión de bienes inmuebles y un año para los bienes muebles.

La *possessio* debe ser, además, continuada, de tal forma que si se produce una interrupción en la misma (*usurpatio*) el cómputo del tiempo de la nueva posesión comienza de cero. La interrupción de la usucapión puede producirse por pérdida de la posesión o por un acto simbólico del propietario que determine su voluntad de seguir ejerciendo el poder dominical sobre la cosa (como, por ejemplo, la rotura de una rama de un árbol de su fundo). La reclamación procesal no interrumpe la usucapión, aunque si la misma se consuma entre la *litis contestatio* y la sentencia del juez, ésta deberá ser favorable al demandante. Tampoco la interrumpe la muerte del usucapiente, puesto que el heredero continúa la posesión del difunto. Es dudoso,

(48) Los requisitos de la usucapión fueron perfectamente sintetizados con el conocido hexámetro concebido por los juristas medievales: *res habilis, titulus, fides, possessio, tempus*. Preferimos, no obstante, el orden de exposición indicado, a causa de que la *bona fides* y el *titulus* no eran elementos que formaran parte de la estructura original de la *usucapio*, sino que, como es sabido, fueron añadidos en época posterior.

(49) Sobre esta cuestión, en general, *vid.* FABBRINI, s. v. *Usucapione*, cit., pp. 285 ss., y bibliografía allí referida.

(50) Sobre este tema, *vid.*, entre otros, ALBANASE, *Le situazioni possessorie nel diritto privato romano*, Palermo 1985, pp. 96 ss.; VACCA, s. v. *Usucapione (dir. rom.)*, ED 45 (1992), pp. 998 ss.

(51) Sobre el *tempus*, *vid.*, entre otros, ZANZUCCHI, *La successio e l'accessio possessionis nell'usucapione*, AG 72 (1904), pp. 177 ss.; *Id.*, *Sulla storia dell'accessio possessionis nell'usucapione*, AG 76 (1906), pp. 3 ss.; KRÜGER, *Beitrag zur accessio temporis bei der Ersitzung*, ZSS 26 (1905), pp. 144 ss.; YARON, *De usurpationibus*, St. On. Grosso 2 (1968), pp. 553 ss.

sin embargo, si ya en época clásica se admitía la *accessio possessionis*, esto es, si el adquirente a título particular continuaba la posesión del enajenante.

4) *Bona fides*⁵²: a finales de la época republicana se comienza a exigir como requisito de la usucapión la buena fe del usucapiente, esto es, que tenga la convicción de no estar lesionando intereses jurídicos ajenos al entrar en la posesión de la cosa. El supuesto de buena fe más común es el de creer que se está recibiendo la cosa del verdadero propietario, aunque existen otros supuestos, como el que intenta adquirir una *res Mancipi* por *traditio*. En cualquier caso, no es relevante que la buena fe se fundamente o no en un error excusable.

La buena fe se exige solamente en el momento de adquirir la posesión (*mala fides superveniens non nocet*) y, además, se presume, de tal manera que quien alegue mala fe del usucapiente deberá probarlo.

5) *Titulus*⁵³: el título o *iusta causa usucapionis* es la circunstancia objetiva que habría fundamentado en sí misma la adquisición de la propiedad pero que por concurrir algún vicio de forma o fondo sólo legitima a iniciar la posesión *ad usucapionem*. El caso más significativo es el de la *traditio* que tiene por objeto una *res Mancipi* (y que, en consecuencia, no es apta para transmitir el dominio) o cuando el *tradens* no es el propietario (adquisición *a non domino*)⁵⁴. En estos supuestos, las justas causas de la usucapión serían las mismas que las de la *traditio*, esto es, *pro emptore*, *pro donato*, *pro dote* y *pro soluto*⁵⁵.

(52) Sobre esta cuestión, *vid.*, entre otros, COLLINET, *Iusta causa et bona fides dans l'usucapion d'après les Institutes de Gaius*, Mélang. Fournier (1929), pp. 71 ss.; LOMBARDi, *Dalla fides alla bona fides*, Milano 1961, pp. 209 ss.; HAUSMANINGER, *Die bona fides des Ersitzungsbesitzers im klassischen römischen Recht*, Wien-München 1964.

(53) Sobre el *titulus*, *vid.*, entre otros, VOGLI, *Iusta causa traditionis*, cit., pp. 159 ss.; MIQUEL, *Iusta causa traditionis*, cit., pp. 261 ss.; ALBANASE, *Le situazioni possessorie*, cit., pp. 99 ss.; BAUER, *Ersitzung und Bereicherung*, cit., pp. 14 ss.

(54) Aunque existen otros, como la usucapión *pro legato* (cuando el legatario entra en posesión de las cosas legadas *per vindicationem* por un testador que no era propietario) y *pro derelicto* (ocupación de una *res Mancipi* abandonada o una *res nec Mancipi derelictae a non domino*). El título también puede derivar de una concesión pretoria (*ex decreto*), como la *missio in possessionem ex secundo decreto* del fundo vecino si el propietario insiste en su actitud de no prestar la *cautio* por el daño temido, la atribución definitiva de los bienes embargados al deudor o la concesión de la *bonorum possessio* al heredero por derecho pretorio. Finalmente, existen una serie de supuestos heterogéneos en los que existe una posesión civil de buena fe que se agrupan bajo la denominación *pro suo*. Dentro de este grupo entraría el título putativo, esto es, los supuestos de posesión fundada por error en un título inexistente.

(55) Queda fuera de este elenco el mutuo porque tiene como condición objetiva la adquisición del dinero o de la cosa fungible por el mutuario.